

EL MALTRATO SINGULAR CUALIFICADO POR RAZON DE GÉNERO

Debate acerca de su constitucionalidad¹

Carolina Villacampa Estiarte

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Lleida

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El maltrato singular cualificado por razón de género: Debate acerca de su constitucionalidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-12, p. 12:1-12:20. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-12.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-12 (2007), 24 dic]

RESUMEN: En la presente aportación se analiza la prosperabilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que en la fecha de publicación del artículo penden ante el Tribunal Constitucional en referencia al art. 153.1 CP. Con la aprobación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género se incluyó en el referido precepto del texto punitivo un tipo cualificado de maltrato singular u ocasional cuando el sujeto pasivo sea esposa o ex-esposa, pareja o ex-pareja, aun sin convivencia, del maltratador, entre otros supuestos agravados. La inclusión de un delito en que tanto el sexo del sujeto pasivo como el del

activo se hallan más o menos explicitados ha generado el planteamiento de un rosario de cuestiones de inconstitucionalidad por parte de distintos órganos jurisdiccionales que están pendientes de resolución ante el Tribunal Constitucional. Dichas cuestiones plantean la posible inconstitucionalidad del art. 153.1 CP sobre la base de su posible contradicción con los arts. 10, 14 y 24.2 CP. En este trabajo se pretende salvar la constitucionalidad del precepto, sobre la base de los postulados del principio de conservación de las normas, con ayuda de una exégesis restrictiva del tipo.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género, maltrato singular, maltrato ocasional, constitucionalidad, inconstitucionalidad, principio de igualdad, discriminación por razón de sexo.

Fecha de publicación: 24 diciembre 2007

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Conflictividad en el diseño del actual art. 153 CP. 3. Admisión de cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 CP. 4. Análisis de los motivos esgrimidos en las cuestiones de inconstitucionalidad. 5. Conclusión.

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto I+D sobre “tratamiento de la violencia de género: elementos jurídicos y de intervención psicosocial” (SEJ 2005-09170-C04-03/iuri).

1. Planteamiento

La regulación penal de algunos supuestos de violencia de género, en concreto, la que se ejerce por parte del varón frente a quien sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, se ha visto sustancialmente modificada en los últimos años. La violencia de género que se produce en el marco de las relaciones familiares nunca, hasta el año 2004, se había tipificado específicamente, puesto que su incriminación se había enmascarado siempre como una forma más de violencia doméstica o intrafamiliar. La violencia ejercida por el hombre frente a su pareja –mujer- se había incluido así, de modo indiferenciado, entre otros supuestos de violencia familiar.

Efectuando un breve repaso a su evolución legislativa², puede indicarse que el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar se incluyó por obra de la Ley Orgánica 3/1989, en el art. 425 CP, entre los delitos de lesiones. En sus inicios, éste solamente incriminaba el ejercicio de la violencia física sobre el cónyuge o persona a la cual se hallara unido por análoga relación de afectividad, sobre los hijos sujetos a la patria potestad, sobre el pupilo, menor o incapaz sometido a la tutela o guarda de hecho, con la amenazada de una pena de arresto mayor. En la versión dada al delito por el Código penal de 1995 se agravó la pena, que pasó a ser prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causara. Se amplió el círculo de sujetos pasivos, incluyendo a los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él conviviesen o que se hallasen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno o del otro, con el consiguiente incremento de categorías de posibles destinatarios del comportamiento violento. De tal forma que se dejaba claro que la protección se extendía no sólo a las personas que dependiesen del maltratador, sino también del cónyuge o conviviente, extendiendo la protección a los ascendientes o incapaces que conviviesen con aquél –aunque no tuviera atribuida la guarda- y a los hijos de padres que tuviesen privada la patria potestad.

Una de las modificaciones más importantes en el ámbito de la violencia doméstica fue la operada por la Ley Orgánica 14/1999, que modificó el ámbito típico del precepto, pues incluyó no sólo la violencia física, sino también la psíquica, introduciendo en círculo de sujetos pasivos no solo a quien actualmente fuese el cónyuge o conviviente, sino también a la persona que hubiese sido cónyuge o quien hubiera estado ligada al

² Una amplia exposición de la acerca del cambio de configuración de tales delitos puede hallarse, entre otros, en ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 71 y ss; CORTÉS BACCHIARELLI, *El delito de malos tratos. Nueva regulación*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 15 y ss.; ASÚA BATARRITA, “Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos Penales José M^a Lidón, núm. 1, pp. 201 y ss.; SOTORRA CAMPODARVE, “Protección en el ámbito penal”, en RIVAS VALLEJO/BARRIOS BAUDOR (dirs), *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 381 y ss.. Particularmente exhaustivo es el análisis acerca de la evolución típica de estos delitos, sin incluir las modificaciones operadas por la LO 1/2004, que efectúa BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, pp. 61 y ss.

maltratador por análoga relación de afectividad, además de precisar el elemento típico de la habitualidad. La inclusión de la violencia psíquica incorporada como comportamiento típico al precepto ya venía siendo reclamada por la circular Fiscalía General del Estado 1/1998. Además de sustantivas, esta Ley introdujo modificaciones procesales, previó la posibilidad de aplicar las penas de alejamiento actualmente reguladas en el art. 48 CP –la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, la prohibición de acudir al lugar de comisión del delito o al de residencia de la víctima o de su familia, la prohibición de comunicarse con o de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal-, así como medidas orientadas a la tutela de los menores que declaran como testigos o que intervienen en careos en procedimientos penales.

Posteriormente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha reubicado el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, que coloca entre los delitos contra la integridad moral, en el que amplía todavía más el círculo de sujetos pasivos –llegando a incluir el maltrato a ancianos en instituciones de guarda, el denominado “maltrato asistencial”-, y crea un tipo cualificado –cuando el comportamiento se realice en presencia de menores, usando armas, tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima o con quebrantamiento de alguna de las penas contempladas en el art. 48, o una medida de seguridad o medida cautelar de la misma naturaleza-. De especial transcendencia para lo que aquí concierne es que eleva a la categoría de delito el maltrato singular en el ámbito familiar, que incluye en el art. 153 CP. En concreto, pena con sanción de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 a 3 años –así como inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 6 meses a 3 años, cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz-, al que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código o golpear a o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, es decir, los posibles sujetos pasivos del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar-. En fin, eleva a la categoría de delito lo que antes era una falta, el denominado maltrato singular u ocasional en el ámbito familiar.

Al margen de los problemas que haya planteado la redacción típica de este precepto³, y de la previsión de un tipo cualificado⁴, lo que aquí interesa es que no se atendió a

³ Se ha criticado la inclusión específica del menoscabo psíquico, como algo distinto de la lesión. Vid. GÓMEZ NAVAJAS, “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?. Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal”, en RdPP, 2004-1, p.59; ACALE SÁNCHEZ, “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en RDPCr, n.º 15 (2005), passim; ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 200.

⁴ El párrafo segundo del precepto preveía la imposición de las penas en su mitad superior cuando el hecho se perpetrara en presencia de menores, o utilizando armas, o tuviera lugar en el domicilio común o en el domicilio de

una perspectiva de género para su diseño, es más, en opinión de algunos, la ampliación del círculo de sujetos pasivos a que condujo la reforma operada por LO 11/2003 alejó los delitos de maltrato familiar de la violencia de género, comparativamente hablando, puesto que la perspectiva de género se había tenido mucho más en cuenta, por ejemplo, en la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/1999⁵.

En cualquier caso, no es hasta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en que, en palabras de MAQUEDA ABREU, puede comenzarse a hablar de un Derecho penal sexuado⁶. Por obra de dicha norma, además de elevarse a la categoría de delito las coacciones y las amenazas leves contra la pareja o expareja aún sin convivencia así como contra otras personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, lo mismo que prever en estos supuestos tipos cualificados del delito de lesiones, se incluye un supuesto cualificado en el núm. 1 del art. 153 CP, en el maltrato singular, cuando el menoscabo psíquico o la lesión no definidos como delito en el Código, o el hecho de golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, se realice contra ofendida que sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. En ese caso la pena de lo que podría considerarse tipo básico, el del 153.2 CP, contra cualquiera de los otros sujetos contemplados en el art. 173.2 CP, se eleva. La del tipo básico es prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, en todo caso privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, y cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 6 meses a 3 años. La del tipo cualificado únicamente cambia en el mínimo de la pena de prisión, que pasa a ser de 6 meses, y en que la inhabilitación especial tiene una duración máxima de 5 años, sin que explícitamente se incluya una duración mínima.

A la vista del redactado del art. 153.1, así como de los arts. 148.4º, 171.4 -amenazas leves- y 172.2 -coacciones leves- CP, está claro que la ley piensa en un autor del sexo masculino, que desempeñe el rol propio de su género y, sobre todo, en una víctima de sexo femenino, que desempeñe en el supuesto el rol ancestralmente atribuido a este género. En definitiva, se diferencian la violencia familiar y la de género. El legislador, aun sin desconocer que nos hallamos frente a realidades criminológicas que pueden colisionar, puesto que uno de los ámbitos en los que se ejerce la violencia de género con mayor virulencia es justamente en el desarrollo de la convivencia familiar, distingue ambos fenómenos. Con ello, el instrumento normativo deja de utilizarse para enmascarar la realidad de la violencia ejercida contra las mujeres y diluirla dentro de la amalgama de la violencia doméstica, y pasa a reconocer la realidad de la violencia que

la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

⁵ De esta opinión, GÓMEZ NAVAJAS, o.u.c..

⁶ Vid. MAQUEDA ABREU, "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", en RECPC 08-02 (2006) p. 02:10

se ejerce contra las mujeres por el hecho de serlo, evitando así considerar a la mujer como ser desvalido que debe protegerse en el seno de la comunidad familiar⁷.

2. Conflictividad en el diseño del actual art. 153 CP

A pesar de suponer lo que podríamos designar como el nacimiento del Derecho penal sexuado en nuestro país, la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, surgió en un marco de conflictividad. La idea de proteger a las mujeres frente a ataques que se producen contra ellas justamente por su condición de mujeres no se aceptó pacíficamente, y las voces críticas se dejaron oír ya incluso antes de la tramitación parlamentaria de la Ley como proyecto.

En dicho sentido, puede destacarse, a título de ejemplo, que la propia Real Academia de la lengua se mostrase contraria al uso del término violencia de género, que consideró un anglicismo, que debía sustituirse por la expresión “violencia doméstica”, o por la alusión al sexo. Particularmente críticos con la Ley fueron, en sendos informes, tanto el Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial, especialmente en relación con las medidas penales adoptadas en la norma.

El Consejo de Estado, por su parte, en referencia al anteproyecto, manifestaba en su dictamen que elevar a delito todas las amenazas y coacciones leves contra todas las personas a las que se quiere brindar una especial protección podía plantear algunos problemas desde el punto de vista de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, puesto que el objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico concreto, sin que éste pueda extrapolarse o utilizarse para ejemplificar. Además, se mostró contrario al redactado del anteproyecto al cuestionar la adecuación de la conversión de faltas en delitos, en los que no hay requisitos de procedibilidad, con la consiguiente posible intromisión en la vida familiar que ello podía propiciar –al suponer una ampliación indebida de la actuación de terceros en conductas que se inician en el ámbito de las relaciones y convivencias de pareja-. A ello se añade, a su juicio, que los delitos de amenazas, coacciones y lesiones comparten un mismo bien jurídico con independencia del sexo de la víctima.

Especialmente crítico con el anteproyecto se mostró igualmente el CGPJ. En su seno, el sector más progresista del Consejo emitió un voto particular al informe⁸. Sin

⁷ Acerca de la tradicional tendencia a enmascarar la violencia de género tras la violencia familiar, vid., por todas, MAQUEDA ABREU, o.u.c., pp. 02: 2 y ss.; LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”, en RECPC 07-08 (2005), passim; FARALDO CABANA, “Razones para la introducción de la perspectiva de género en el Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, enero 2006, n° 17, pp. 72 y ss. No obstante, denuncian la confusión entre violencia de género y doméstica en la Ley orgánica 1/2004, entre otros, MIRAT HERNÁNDEZ/ARMENDÁRIZ LEÓN, *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género*, Grupo difusión, Madrid, 2007, pp. 113 y ss.

⁸ Los firmantes fueron el vicepresidente (Fernando Salinas Molina) y los vocales Luis Aguilar de Luque, Juan Carlos Campo Moreno, Montserrat Comas d'Argemir i Cendra, M^a Ángeles García García, Javier Martínez Lázaro y Félix Pantoja García. De hecho, el pleno del Consejo aprobó el informe gracias a la mayoría conservadora, en una ajustada votación de 10 votos a favor frente a 9 en contra.

embargo, en el documento aprobado por la mayoría del Consejo, entre muchas otras cuestiones que se critican del anteproyecto, destacan:

- Comenzaba el órgano diciendo que materialmente nos hallamos en un panorama normativo de protección general integral, por lo que la Ley debería tener un valor codificador que no tiene.
- Seguía indicando que la Ley supone un retorno a la violencia de género, que en opinión del Consejo es un concepto superado por el de violencia familiar o doméstica, puesto que conceptúa siempre la violencia de género como un subtipo de ésta. Destacando que en este contexto existen personas, como los ancianos o los niños, más requeridos de tutela que las mujeres
- Exponía que las medidas promotoras de la mujer adoptadas por la Ley Orgánica 1/2004 pueden fundamentarse en la denominada discriminación positiva, que no resulta aplicable al ámbito penal y que deviene discriminación negativa para el varón, puesto que lo acaba responsabilizando más. Añadía en apoyo de su posición que en el ámbito penal no existe una situación de desequilibrio previo entre varón y mujer que justifique la adopción de medidas de discriminación positiva.
- A su juicio, resultaba criticable que el concepto de violencia de género que contemplaba el art. 1 del Anteproyecto no se basase en la apreciación de datos objetivos y externos, sino en la intencionalidad del agresor.
- Concluía la posible inconstitucionalidad de la consideración como delito de las amenazas y las coacciones leves elevadas a la categoría de delito en función del sexo del sujeto pasivo, por cuanto supone una frontal vulneración del principio de igualdad, no justificable con la idea de la discriminación positiva –no hay discriminación de partida en la protección de derechos fundamentales-. Hablaba de una posible contradicción con el principio de culpabilidad –contra el derecho penal del hecho, culpabilizando por las acciones de otros varones-, si la agravación se fundamenta en la estadística, o la posible afrenta al principio de proporcionalidad –elevar a la categoría de delito lo que no es más para otros supuestos que la agravante de superioridad- en caso de que la agravante se fundamente en el ánimo de dominación. En definitiva, sostenía que no hay incremento de injusto o de culpabilidad que aumente el merecimiento de pena, y que nos hallamos frente al ejemplo del derecho penal de autor, que ataca frontalmente el principio de culpabilidad.
- Finalmente, por cuanto se refiere al tipo agravado de lesiones, entendía que si la cualificación obedece a la consideración de la mujer como más vulnerable, y se presupone con ello la superioridad, nos hallábamos ante un supuesto de presunción legal de inferioridad de la mujer, que resultaría inaceptable. A su juicio, no se justifica una situación de mayor necesidad de protección de la mujer que no pueda solventarse aplicando las agravantes genéricas de abuso de situación de superioridad, discriminación por razón de sexo o mixta de parentesco.

Tal informe que, sin embargo, no se refería al art. 153.1 CP⁹, tuvo como efecto, al objeto de evitar la posible tacha de inconstitucionalidad de la Ley, que ya en la tramitación parlamentaria, junto a la especial protección de la pareja o expareja mujer, se incluyese la de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor¹⁰. No obstante, ni siquiera esa prevención ha servido para evitar la discusión, que se ha trasladado también a la doctrina¹¹.

De hecho, la constitucionalidad del maltrato singular en el ámbito familiar ya se había discutido incluso antes de las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 1/2004. En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones, y aunque lo ha hecho para inadmitir a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad¹², ha entrado al fondo de la cuestión, en los autos 233/2004, de 7 de junio, y 4570/2004, de 13 de septiembre. En ambos casos se discutía la posible vulneración del principio de proporcionalidad inherente a la conversión en delito del maltrato singular –y las amenazas leves con armas- a los sujetos pasivos contemplados en el art. 173.2 CP, así como la previsión de un tipo cualificado cuando concurriesen las circunstancias ahora referidas en el art. 153.3 CP. En ambas resoluciones el Tribunal Constitucional ha negado la inconstitucionalidad del precepto que, en palabras del primero de los jueces proponentes se refería al maltrato “venial”, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónoma cuya alegación pueda efectuarse de forma aislada en relación con otros preceptos constitucionales que tutelan el ejercicio de derechos fundamentales y que en el caso del derecho penal pueden verse conculcados bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.
- En abstracto, el Tribunal Constitucional reconoce que el juicio de proporcionalidad debe partir de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, así como la proporción de sanción e injusto.

⁹ Esto se explica por el hecho de que el art. 153.1 CP apareció en el texto del dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos sociales, iniciada ya la tramitación parlamentaria del Proyecto.

¹⁰ Ampliamente acerca de la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004, vid. ALASTUEY DOBÓN, “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 57 y ss.

¹¹ Se muestra sin ambages contraria a la constitucionalidad del art. 153.1 CP, entre otras, BOLEA BARDON, “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en RECPC 09-02 (2007), pp. 02:24 y ss., quien defiende que no es posible una interpretación del precepto que lo concilie con la carta magna (sic). En semejantes términos, ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de sexo en el Código penal*, op. cit., pp. 149 y ss., aunque de manera más sutil, al no ser capaz de hallar un bien jurídico protegido específicamente en el art. 153.1 CP, entre otros preceptos; MIRAT HERNÁNDEZ/ARMENDÁRIZ LEÓN, *Violencia de género versus violencia doméstica*, op. cit., pp. 117 y ss., en que fundamentalmente asumen las tesis defendidas por el CGPJ en su informe.

¹² La primera presentada por el titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig, mediante auto de 24 de enero de 2004, y la segunda por el titular del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, mediante auto de 30 de junio de 2004.

Puesto que el legislador goza de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y de su específica legitimación democrática. En definitiva, debe admitirse la ausencia de proporcionalidad en abstracto del recurso al derecho penal cuando el sacrificio a la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes no sólo constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. Sólo cabrá, pues, hablar de desproporción, cuando resulte evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador

- De ahí que, en concreto, reconozca que la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigne será fruto de un complejo juicio de oportunidad, para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que se persiguen con la pena, relacionados con la prevención general y especial, como la intimidación, la eliminación de la venganza privada, la consolidación de las convicciones éticas generales, el refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, la resocialización, etc. Por ello sostiene que el juicio de proporcionalidad deba ser en esta sede cauteloso, y limitarse a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al estado de derecho”. Sólo cabrá considerar, en sentido estricto, de desproporcionada la sanción cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

En definitiva, como los proponentes de sendas cuestiones no cuestionan la relevancia social o la entidad constitucional de los bienes jurídicos protegidos, ni la idoneidad de las sanciones previstas, sino únicamente la adecuación de la prisión para castigar el maltrato singular, sin indicar siquiera cual podría ser la alternativa a la prisión o sin argüir que ésta pudiera tener una mejor funcionalidad, a lo que añade que en este delito la prisión se prevé como alternativa al trabajo en beneficio de la comunidad, el órgano jurisdiccional concluye la ausencia de vulneración de la proporcionalidad.

Tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 y la inclusión del párrafo de la discordia, se han planteado otras cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que han sido igualmente inadmitidas. Sin embargo, puesto que las razones de la inadmisión lo habían sido inicialmente por cuestiones procedimentales, el Tribunal Constitucional, en los autos de inadmisión, no ha entrado a conocer el fondo de las resoluciones que plantean la cuestión para inadmitir *a limine*. Así sucede con los autos TC 13/2006, de 17 de enero¹³, 14/2006, de 17 de enero¹⁴, 15/2006, de 17 de enero¹⁵, 133/2006, de 4 de abril¹⁶, 134/2006, de 4 de abril¹⁷, 135/2006, de 4 de abril¹⁸,

¹³ Cuestión del Juzgado Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 16 de septiembre de 2005.

¹⁴ Cuestión del Juzgado Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 16 de septiembre de 2005.

¹⁵ Cuestión del Juzgado Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 16 de septiembre de 2005.

¹⁶ Cuestión del Juzgado Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 14 de octubre de 2005.

136/2006, de 4 de abril¹⁹, 189/2006, de 6 de junio²⁰, 401/2006, de 8 de noviembre²¹. Sin embargo, no todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas han seguido, como veremos, la misma suerte.

3. Admisión de cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 CP

La primera de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el art. 153.1 CP que fue admitida trámite fue la planteada por la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia. En un caso en que los hechos objeto de acusación consistieron en una discusión de un matrimonio de Santomera en el curso de la cual el marido sujetó fuertemente las orejas de su esposa, quien sufrió un enrojecimiento retroauricular bilateral que curó con una primera asistencia, tras la vista celebrada el 13 de julio de 2005, la Juez dejó en suspenso el dictado de la resolución, para plantear, mediante auto de 29 de julio de 2005, una cuestión de inconstitucionalidad que fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 9 de febrero de 2006.

Pero a esta admisión, han seguido otras. Por indicar algunas de ellas, sin la finalidad de agotar la enumeración de todas las planteadas y admitidas, lo han sido - únicamente en relación con el art. 153.1 CP²² - las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2013-2006²³, 2684-2006²⁴, 3442-2006²⁵, 4655-2006²⁶, 4574-2006²⁷, 4575-2006²⁸, 4577-2006²⁹, 4654-2006³⁰, 4998-2006³¹, 5163-2006³², 5439-2006³³, 5465-2006³⁴, 4537-2006³⁵, 6035-2006³⁶, 6438-2006³⁷, 7558-2006³⁸, 8109-2006³⁹, 8197-2006⁴⁰, 8199-2006⁴¹, 8232-2006⁴², 8261-2006⁴³, 8437-2006⁴⁴, 8906-2006⁴⁵, 8966-2006⁴⁶, 9154-

¹⁷ Cuestión del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Calatayud, auto de 7 de diciembre de 2005.

¹⁸ Cuestión del Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid, auto de 16 de diciembre de 2005.

¹⁹ Cuestión del Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid, auto de 16 de diciembre de 2005.

²⁰ Cuestión del Juzgado Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 23 de febrero de 2006.

²¹ Cuestión del Juzgado Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 19 de mayo de 2006.

²² Sin incluir, por tanto, entre las relacionadas, los supuestos de amenazas y coacciones leves referidas las compañeras o excompañeras sentimentales –mediante o no matrimonio–.

²³ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Donosita-San Sebastián.

²⁴ Planteada por el Juzgado de Instrucción 7 de Alcalá de Henares.

²⁵ Planteada por el Juzgado de Instrucción 7 de Alcalá de Henares.

²⁶ Planteada por el Juzgado de lo Penal 6 de Madrid.

²⁷ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

²⁸ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

²⁹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Toledo.

³⁰ Planteada por el Juzgado de Instrucción 7 de Alcalá de Henares.

³¹ Planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete.

³² Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

³³ Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

³⁴ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

³⁵ Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

³⁶ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

³⁷ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

³⁸ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

³⁹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

⁴⁰ Planteada por el Juzgado de lo Penal 3 Las Palmas de Gran Canaria.

⁴¹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

2006⁴⁷, 9155-2006⁴⁸, 9359-2006⁴⁹, 9361-2006⁵⁰, 9804-2006⁵¹, 10486-2006⁵², 10487-2006⁵³, 10596-2006⁵⁴, 10789-2006⁵⁵, 10913-2006⁵⁶, 11334-2006⁵⁷, 11335-2006⁵⁸, 47-2007⁵⁹, 306-2007⁶⁰, 1218-2007⁶¹, 1219-2007⁶², 1415-2007⁶³.

Se trata, pues, de la admisión de más de cuarenta cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con el mismo precepto del Código Penal, admitidas a lo largo del año 2006 y en lo que llevamos de 2007, que en la actualidad se están tramitando conjuntamente, y en relación con las que ya ha evacuado informe el Ministerio Fiscal solicitando su desestimación.

Puesto que la reproducción de las argumentaciones de todas y cada una de las resoluciones que plantean las distintas resoluciones de interposición de las respectivas cuestiones sería interminable, reseño a continuación un extracto de la argumentación contenida en la primera de las cuestiones admitidas. En ella, la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia fundamenta la inconstitucionalidad del tipo agravado del maltrato singular contemplado en el núm. 1 del art. 153 CP en la vulneración de los arts. 10, 14 y 24.2 CE. Con el fin de comprimir la vasta argumentación jurídica contenida en la resolución mediante la que se plantea la cuestión, reduciré la exposición a las tres grandes líneas argumentales utilizadas:

- en primer lugar, considera que la previsión contenida en el art. 153.1 CP supone una vulneración del art. 14 CE, pues a juicio de esta operadora el derecho a la igualdad que consagra la Constitución se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo. Critica que sólo incluya la circunstancia agravante si el maltratador es un hombre o que se asuma que cualquier agresión del hombre tiene como origen la discriminación. Admitiendo que el Tribunal Constitucional aprueba el derecho desigual igualitario, la discriminación positiva a favor de determinados colectivos históricamente marginados, critica que se acuda a dicho expediente para perjudicar a alguien por ser hombre. Argumenta, en sentido semejante a como lo

⁴² Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

⁴³ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁴⁴ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

⁴⁵ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

⁴⁶ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁴⁷ Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

⁴⁸ Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

⁴⁹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Toledo.

⁵⁰ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

⁵¹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

⁵² Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

⁵³ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Valladolid.

⁵⁴ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁵⁵ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Toledo.

⁵⁶ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

⁵⁷ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁵⁸ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁵⁹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁶⁰ Planteada por el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia.

⁶¹ Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁶² Planteada por el Juzgado de lo Penal 2 de Albacete.

⁶³ Planteada por el Juzgado de lo Penal 1 de Valladolid.

hace el CGPJ en su informe, que “no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer (...) el castigo más severo de conductas como la enjuiciada, cuando son cometidas por un hombre”. No es que cuestione medidas de discriminación positiva para con la mujer, sino que éstas se lleven al ámbito penal, sin que pueda admitirse que “toda” violencia contra la mujer es “una manifestación de la discriminación, la situación de inferioridad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Ahonda en su razonamiento efectuando un análisis acerca no tanto de la adecuación del precepto con el principio de proporcionalidad, sino en relación con si puede utilizarse dicho principio como canon interpretativo instrumental a la justificación de la desigualdad, análisis que concluye en sentido negativo.

- Sostiene, en segundo lugar, que presumir, en todo caso, la discriminación en la conducta violenta en una relación de pareja, en el maltrato del hombre hacia la mujer, supondría una vulneración de la presunción de inocencia, consagrada en el art. 24.2 CE. Fundamenta su argumentación apelando a la sentencia del Tribunal Constitucional 13/82, de 1 de abril, en virtud de la cual el Tribunal sostiene que, una vez consagrada constitucionalmente la presunción de inocencia, ésta ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos, a lo que la Magistrada añade que también al legislador, en punto a la formulación de los tipos penales.
- Finalmente, la Magistrada afirma que considerar a la mujer siempre como sujeto “especialmente vulnerable” lesiona gravemente su derecho a la dignidad, de ahí la supuesta contradicción con el art. 10 CE del precepto, pues presupone una suerte de debilidad intrínseca. En dicho sentido, indica que si no puede presumirse en el hombre la superior capacidad de ataque o de debilidad de la defensa por el sólo hecho de serlo, tampoco puede presumirse la capacidad limitada o disminuida de defensa en la mujer por el hecho de serlo, a salvo de admitir la lesión a la dignidad de ésta que supondría sostener una presunción en dicho sentido.

En resumen, más allá de un exhaustivo análisis acerca de la posible inconstitucionalidad de la norma, la Juez utiliza otros calificativos poco positivos para referirse a la Ley a los que no les ha faltado repercusión mediática. En su opinión revela el “populismo normativo”, además de considerarla incompleta –al ignorar los malos tratos recíprocos, o los casos de parejas homosexuales-, calificando de pueril el recurso a la estadística para fundamentar la mayor protección de las mujeres. Según su parecer, dicha fundamentación estadística para seguir permitiendo con esta Ley la discriminación por razón de sexo abriría la “caja de Pandora”, pues podría conducir al extremo de pretender endurecer la pena por la comisión de estos delitos por parte de personas de determinada nacionalidad justamente sobre la base de que la estadística informa que se cometen más por personas de esas nacionalidades.

4. Análisis de los motivos esgrimidos en las cuestiones de inconstitucionalidad

Aun cuando a estas alturas pueda resultar aventurado avanzar cuál pueda ser el veredicto que sobre la constitucionalidad del precepto pueda emitir el Tribunal Constitucional, sí puede razonarse que los argumentos esgrimidos en este primer auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad admitido no deberían bastar para una declaración de inconstitucionalidad del mismo. En primer lugar, por cuanto se refiere a la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la supuesta discriminación positiva, que se torna en negativa cuando de lo que se trata es de castigar más al varón que a la mujer que comete un mismo comportamiento –al varón por el art. 153.1 CP y a la esposa por el art. 153.2 del texto punitivo–, entendemos que en el planteamiento de esta cuestión se produce un problema de base, una inadecuada aproximación al problema que arranca ya de la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004. Ciertamente, en ésta se apela en repetidas ocasiones a la violencia de género como un símbolo de la desigualdad existente en nuestra sociedad, así como a la consagración de principio de igualdad material contemplado en el art. 9.2 CE, sobre cuya base se permite la introducción de un derecho desigual igualatorio y de medidas de discriminación positiva que van más allá del derecho a la igualdad formal a que se refiere el art. 14 CE. Ha sido quizá esa apelación a la necesaria consecución de la igualdad y la necesaria adopción de instrumentos correctores de la tradicional desigualdad de la mujer respecto del hombre contenida en la exposición de motivos de la Ley la que a mi juicio ha generado una indebida confusión de planos, que se manifestó ya en el informe del CGPJ al anteproyecto de la Ley. Y es que una cosa es que la Ley pueda adoptar en determinados ámbitos medidas que concreten el aforismo del derecho desigual igualatorio⁶⁴ y otra cosa distinta es que el diseño de tipos penales agravados como consecuencia de la detección de necesidades especiales de tutela en determinados ámbitos deba identificarse con la adopción de medidas tendentes a la consecución de la igualdad material⁶⁵.

⁶⁴ En ese sentido, el TC, si bien inicialmente sostenía una visión neutra de la no discriminación, en virtud de la cual, en su afán por equiparar al hombre y a la mujer, considera que la protección de ésta por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni tampoco para justificar su configuración como sujeto beneficiario de la protección, supera esa primera etapa como consecuencia de la STC 128/1987. En dicha resolución reconoce la situación real en la que históricamente se han encontrado las mujeres y con ello deja de aplicar el criterio formal de igualdad de trato entre hombre y mujer, admitiendo la constitucionalidad de acciones positivas, e incluso discutiendo la de la igualdad formal cuando ésta pueda conducir a discriminación por indiferenciación. Vid. RIDAURA MARTÍNEZ, “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de género”, en BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA (coords.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005, pp. 73 y ss.

⁶⁵ No obstante, justifican, indebidamente, sobre la base de la referida discriminación positiva, la inclusión de los tipos cualificados que incorpora la LO 1/2004, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 8 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley*, 2005-4, pp. 1440 y ss.; DE ELENA MURILLO, “La ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”, en *La Ley*, 2006-1, pp. 1479 y ss.; COMAS D’ARGEMIR, “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, op. cit., pp. 40 y ss.

Al margen del inadecuado manejo indiferenciado de conceptos como el de discriminación positiva y acción positiva⁶⁶, a buen seguro consecuencia de que ambos proceden de derecho norteamericano posterior a la segunda Guerra Mundial, no debe confundirse que la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género pueda adoptar acciones positivas en aras a la consecución de la igualdad material en determinados ámbitos con que ésta identifique espacios que requieren tutela específica y configure tipos delictivos para colmar los vacíos existentes. El espacio común para emprender ambos tipos de medida bien puede ser una ley integral de protección contra un tipo específico de violencia, pero ello no significa que todas las medidas que la Ley adopta deban tener un idéntico fundamento⁶⁷. En ese sentido, comparto plenamente la idea de que en cuanto a la tutela de sus derechos fundamentales hombres y mujeres son iguales, es decir, no nos hallamos ante un contexto de déficit histórico de protección penal de las mujeres en relación con los hombres que deba compensarse promocionando a partir de ahora una mayor protección penal para las mujeres. La lógica de las medidas que persiguen la consecución de la igualdad material grupal no puede trasladarse al derecho penal porque está formulada para supuestos de reparto equitativo de recursos escasos, y la justicia penal no puede identificarse con uno de ellos⁶⁸.

De ahí que el fundamento de las medidas penales protectoras de la mujer respecto del varón, y en eso el art. 153.1 CP no representa una excepción, debe hallarse en criterios de merecimiento de pena⁶⁹. Orillada ya la cuestión de que nos encontremos

⁶⁶ Al respecto, RIDAURA MARTÍNEZ, o.u.c., pp. 75 y ss. Las acciones positivas son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, tratan de favorecer a las mujeres sin que ello suponga perjuicio para los hombres que se hallan en situación similar. Por el contrario, la discriminación inversa —o positiva— constituye una actuación normativa de favor con vocación de transitoriedad, encaminada a eliminar la situación de infrarrepresentación en áreas de participación social de determinados colectivos como consecuencia de prácticas discriminatorias, y que sí causa un beneficio para unos y un perjuicio para otros, ya que se adopta en supuestos de escasez de determinados recursos. Al respecto, vid. también FUENTES SORIANO, “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley*, 2005-5, pp. 1163 y ss.

⁶⁷ Al respecto, trata, a mi juicio correctamente, de manera separada la fundamentación de las medidas protectoras no penales y las penales en la Ley, justamente para evitar la referida confusión de planos, ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, op. cit., pp. 89 y ss., en que se refiere al fundamento de las medidas no penales, y pp. 119 y ss., dedicadas al análisis del fundamento específico de las medidas penales.

⁶⁸ En semejantes términos, por todos, GARCÍA ALBERO, “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones en la discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2004, pp. 451 y ss.; LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley integral”, op. cit., p. 08:20; LAURENZO COPELLO, “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, en CERVILLA/FUENTES (coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Instituto Andaluz de la Mujer-Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 78 y ss.

⁶⁹ De semejante opinión, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, en *La Ley*, 2004-5, pp. 1577 y ss., quienes insisten en la necesidad de hallar un fundamento material para explicar la mayor penalidad a los hombres en todos los supuestos cualificados que contempla la LO 1/2004. Han abundado en esta idea en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, op. cit., pp. 29 y ss., en que aluden a un doble fundamento material: de un lado que el hombre ejerza su posición dominante sobre la mujer con el consiguiente incremento del injusto y, de otro, que ello se base en una actitud discriminatoria hacia la misma por razón de su sexo, con el consiguiente incremento de la culpabilidad. Asume

ante un supuesto de discriminación positiva constitucionalmente admisible o no, que no es el caso, lo que a reglón seguido debería plantearse es si puede existir algún fundamento, en términos de entidad de injusto que permita justificar la previsión de una mayor pena cuando la víctima sea una mujer que tenga o haya tenido una especial relación con el agresor. Entiendo que sí, siempre que el comportamiento del agresor sea expresión de la violencia que se ejerce para subyugar y someter a la mujer por el hecho de serlo, como un eslabón en una estrategia de dominación, y cuando ello quiera utilizarse con dicha finalidad. En estos casos nos hallamos, en puridad, ante supuestos con un especial desvalor de acción –entendido en términos específicamente subjetivos–, la finalidad de someter, y un incremento en relación con el desvalor de resultado –en términos de idoneidad objetiva del comportamiento– si éste es adecuado no solamente para afrentar al bien jurídico “paz familiar” o “dignidad humana”, sino también “dignidad del género femenino”⁷⁰. Y no se me acuse de querer convertir el derecho de género en derecho penal de autor por exigir un elemento subjetivo del injusto implícito en el tipo cuando el recurso a este expediente es bien normal y admitido para limitar los contornos típicos, sin dudas acerca de su constitucionalidad, en otros campos del derecho penal –v. gr. Derecho penal económico– y cuando además se está exigiendo algún tipo de aptitud objetiva del comportamiento en aras a considerarlo instrumental a mantener ese status quo tejido por una sociedad patriarcal en la que la tónica general es la subordinación de lo femenino a lo masculino.

Más allá de la intrínseca mayor gravedad del comportamiento, por esa aptitud y por la finalidad aneja de someter a la mujer, me resisto a ver en la agravación del art. 153.1 y en otras homólogas introducidas por la Ley Orgánica 1/2004 un incremento del merecimiento de pena basado en una mayor necesidad de tutela por parte del sujeto pasivo mujer⁷¹, pues considero que ello sería tanto como reconocer a ésta una debilidad intrínseca por el hecho de pertenecer a determinado género que no comparto⁷².

esta tesis MENDOZA CALDERÓN, “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código penal”, o.u.c., pp. 149 y ss., a pesar de mostrarse muy crítica con la misma inclusión del precepto.

⁷⁰ En semejantes términos, FUENTES SORIANO, “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., p. 1165, se refiere a un plus o desvalor añadido de la acción, que ella identifica con un bien jurídico –sic– y que cifra en la orientación de las conductas a lograr la sumisión de la mujer. También en relación con dicha voluntad sometidora del varón respecto de la mujer, MAQUEDA ABREU, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, op. cit., pp. 02.4 y ss., quien se refiere como característica de la violencia de género a ese carácter instrumental de la violencia para garantizar la sumisión de la mujer, que explica la inclusión de los tipos cualificados.

⁷¹ En este sentido, se refieren a la mayor necesidad de tutela de la mujer sobre la base de razones no intrínsecas, sino estructurales, LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley integral”, op. cit., p. 08:20, alude a la particular vulnerabilidad del género femenino por el hecho de que su vida, integridad o libertad se hallan expuestas a una amenaza particularmente intensa; FARALDO CABANA, “Razones para la introducción de la perspectiva de género...”, op. cit., p. 91, se refiere a la mayor vulnerabilidad “(...) construida socialmente a través de la imposición de modelos androcéntricos que se perpetúan por la inercia social(...)”. Se refieren a la vulnerabilidad de la víctima en un sentido más tradicional, a la de la propia víctima, aun cuando propiciada por la especial relación que la une con el maltratador, QUERALT JIMÉNEZ, “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, en *La Ley*, 2006-1, pp. 1423 y ss.; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal...”, op. cit., pp. 1577 y ss.

⁷² Alerta asimismo acerca del peligro de este tipo de argumentos, por cuanto pueden acabar presuponiendo la consideración de la mujer como ser intrínsecamente más débil, MAQUEDA ABREU, “La violencia contra las

Además, la mayor gravedad del injusto cuando éste es expresión de la violencia de género no debe verse en términos de mayor responsabilización penal del varón, cual si se tratara de una suerte de teoría de los vasos comunicantes en virtud de la cual, cuanto más requerimiento de tutela por parte de un género, mayor requerimiento de responsabilidad por parte de los integrantes del otro, pues ya se ha dicho que de lo que se trata es de que en el concreto supuesto pueda afirmarse que nos hallamos ante un escenario que constituya expresión de la violencia de género.

En relación con el segundo de los argumentos manejados en el auto de planteamiento del recurso, la posible contradicción con el principio de presunción de inocencia derivado del hecho de que siempre que el varón sea autor estamos ante un supuesto más grave que cuando lo sea la mujer, ya se ha intentado antes razonar. Sin embargo, al margen de cual sea la posición que se sostenga acerca del mayor contenido de injusto en tales supuestos, no cuesta adivinar que el Tribunal Constitucional muy probablemente no estime dicho motivo. Y ello no tanto porque no pueda llegarse a discutir la adecuación de una mayor penalidad para el varón que para la mujer, lo que podría alcanzar a discutirse en términos de proporcionalidad de la sanción para con el injusto cometido, sino fundamentalmente por la naturaleza del derecho fundamental que se considera vulnerado, que opera esencialmente en un contexto procesal, y que difícilmente puede entenderse contradicho por el diseño de un tipo delictivo. Es decir, no puede esgrimirse la posible vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia frente a un precepto que, en la interpretación dada por la operadora jurídica, justamente constituiría una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad. Así, ha explicitado el Tribunal Constitucional –STC 166/195, de 20 de noviembre– “la naturaleza principalmente procesal de ese derecho fundamental que, como tal, opera en el ámbito penal e impide en él un pronunciamiento de condena que no esté fundado en pruebas que, legítimamente obtenidas, se hayan practicado con todas las garantías legalmente exigidas (...)”. Ciertamente, este órgano jurisdiccional ha admitido en alguna resolución –STC 109/1986– que la presunción de inocencia tiene también una dimensión extraprocésal y, en ese sentido, “constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos (...)”, aunque dicha dimensión extraprocésal no constituye un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 CE, porque “(...) la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 CE alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha pretensión”.

Finalmente, por cuanto se refiere al tercero de los argumentos esgrimidos, el referido a la posible afrenta a la dignidad de la mujer que podría derivarse de su consideración legal y automática como sujeto desvalido, ya se ha adelantado una interpretación del precepto en cuestión que permite orillar la supuesta afrenta al art. 10 CE. Ello

porque el fundamento de la agravación no se ha identificado con una mayor necesidad de tutela de la víctima mujer –que bien podría ser fundamento de la misma sin que ello supusiera vulneración de la dignidad de nadie de exigir una efectiva situación concreta de desvalimiento–, sino justamente con un determinado significado objetivo y subjetivo del comportamiento, orientado a subyugar a la víctima por el hecho de ser mujer.

Por último, aunque el auto del Juzgado de lo penal núm. 4 de Murcia no lo incluye en su motivación, podría defenderse la posible afrenta al principio de proporcionalidad predicable de un tipo delictivo que prevé pena de prisión más elevada para el autor varón que para la autora mujer⁷³. Sin embargo –sin desconocer que ese argumento tiene más posibilidades de prosperar en los supuestos en los que la falta se convierte en delito⁷⁴– poco que hacer hay con su alegato, teniendo en cuenta la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional al respecto, que, además de en algunas de las resoluciones referidas, se contempla fundamentalmente en las SsTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999. En su virtud, como se ha indicado, no constituye un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda efectuarse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, sino que es un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y que, como tal, opera esencialmente como criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Bien entendido que cualquier tacha de desproporción debe partir del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo. En puridad, los estrechos límites con que puede operar el Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar el cumplimiento de la proporcionalidad por parte de un precepto penal fundamentalmente sólo lo podrían conducir a declarar su inconstitucionalidad cuando el mismo tutelara intereses contrarios a la constitución o sin trascendencia, o bien, si se trata de la tutela penal proporcionada en abstracto, lo pudiera hacer con medidas que palmariamente fuesen de menor intensidad y de funcionalidad manifiestamente similar a la considerada desproporcionada y, finalmente, cuando se produjese un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma. Esto es, el Tribunal es plenamente consciente de que en la decisión de qué concretos objetos jurídicos se tutelan y con que intensidad lo son

⁷³ En el auto de 29 de julio de 2005 la propia Juez se plantea la posibilidad de esgrimir la vulneración de dicho principio; sin embargo, descarta tal posibilidad, al considerar que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación con dicho axioma desaconseja plantear la cuestión sobre la base de su vulneración, sin duda por la escasa probabilidad de éxito, aunque esta última reflexión no se explicita en la resolución.

⁷⁴ De hecho, de lo que se trata en el art. 153.1 CP es únicamente de elevar en tres meses el mínimo de la pena de prisión, que además es alternativa con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 jornadas, lo mismo que en el tipo básico. Dicha diferencia escasamente sustancial de pena hace que algunos autores consideren más fácilmente prosperable la defensa de la constitucionalidad de este precepto en relación con la de las nuevas previsiones contempladas en la Ley para las amenazas leves y las coacciones leves. Vid., al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, en *Estudios de Victimología. Actas del I congreso español de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 238; LAMARCA PÉREZ, “El marco legislativo español y las víctimas”, en *Curso “Las víctimas de la violación de género: generalidades, aspectos psicológicos y jurídicos”*, Dirección General de la Mujer, Colegio de Abogados de Madrid y Fundación del Instituto de Victimología, 11 de abril de 2007, passim.

intervienen complejas razones político-criminales y de oportunidad que trascienden a la estricta lógica de un juicio de proporcionalidad y que no puede entrar a valorar a salvo de arrogarse las facultades de legislador imaginario, que obviamente no le corresponden.

5. Conclusión

De lo hasta ahora indicado se colige que, a juicio de quien esto suscribe, en la decisión acerca de la cuestión de inconstitucionalidad acumulada pendiente de resolución por parte del Tribunal Constitucional no es previsible, o cuanto menos no debería serlo, que éste declare la inconstitucionalidad del art. 153.1 CP.

La anterior afirmación se fundamenta no sólo partiendo de la argumentación más arriba desarrollada en punto a la confrontación de la jurisprudencia constitucional con la motivación de las cuestiones planteadas, sino en el convencimiento de que no deben considerarse contrarias a precepto constitucional alguno, de plano y por principio, las eventuales manifestaciones del derecho penal sexuado. Con ello no pretende indicarse que cualquier atentado de un hombre contra una mujer deba considerarse manifestación de la violencia de género, pero sí que debe tomarse consciencia, de una vez, de que la violencia de género constituye un fenómeno suficientemente caracterizado, que tiene una serie de elementos que la distinguen de cualquier otro tipo de violencia –incluso de la que tiene lugar en el ámbito familiar–, y que puede hacerse merecedora de una reacción penal más intensa que otras manifestaciones del comportamiento violento.

El fundamento de los ilícitos, eventualmente también del 153.1 CP, en que se eleva la gravedad de la reacción punitiva frente a este tipo de violencia debe verse en un incremento del merecimiento de pena basado en el mayor desvalor de acción y de resultado, como antes se ha indicado, tanto porque se exija, desde el punto de vista subjetivo, que el autor cometa el delito con la finalidad de dominar, de subyugar o de aleccionar a la mujer como porque, desde un punto de vista objetivo, se requiera la aptitud del comportamiento desarrollado para el cumplimiento de dicha finalidad. Con dicha exigencia se rechazan tanto aquellas posturas que sitúan el fundamento de las agravaciones en razones de discriminación positiva inconstitucional a favor de la mujer como aquellas otras que pretenden ver en estas cualificaciones la muestra de un mayor requerimiento de tutela en razón de una debilidad no intrínseca, sino estructural por parte de las mujeres. Estas últimas posturas, aun cuando constituyen un loable intento de hallar un fundamento material alejado de estrategias tendentes a la consecución de la igualdad material presentan el peligro de convertir el colectivo de las mujeres en un grupo que requerido un superior nivel de tutela, lo que no dejaría de suponer su consideración –más o menos velada– de “género débil”, sea por razones intrínsecas o culturales/estructurales, además de entrañar el riesgo de acabar considerando todo atentado de un hombre contra una mujer como muestra de esa estructural situación de desigualdad. En definitiva, lo que aquí se propugna es rechazar la consideración de que el injusto es en estos casos mayor atendiendo al grupo al que pertenece la víctima, porque sobre ese tipo de consideraciones siempre planea la sombra de la afrenta a los princi-

prios de culpabilidad o del derecho penal del hecho, y centrar las razones del incremento del injusto en la intención y la aptitud que tienen el concreto comportamiento del sujeto activo en el concreto supuesto.

Con esto no pretende decirse que el diseño de los tipos delictivos surgido de la Ley Orgánica 1/2004 sea el mejor de los posibles, pero sí apuntar, conforme al principio de conservación de las normas, que existe una interpretación que permite cohonestar estos preceptos –especialmente el contemplado en el art. 153.1 CP- con la Constitución⁷⁵. Para la consecución de este objetivo, e incluso para el refrendo de la opción interpretativa aquí adoptada, resulta particularmente clarificador el objeto de la propia Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, al que se refiere el art. 1.1, que explicita el sentido de su aprobación y que se convierte así en un criterio interpretativo esencial en punto a desentrañar el sentido de los tipos penales que incorpora, según el cual dicha ley tiene por objeto “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Ciertamente, el concepto de violencia de género en que la ley piensa, traducido en las reformas penales que incorpora, se halla excesivamente circunscrito a las relaciones familiares o de pareja, y se aleja de concepciones más extensas contempladas en instrumentos internacionales⁷⁶. Aunque dicha constatación, lejos de constituir un argumento contra las reformas penales introducidas en la ley quizá debiera tornarse en demanda de un mayor nivel de responsabilización en otros ámbitos de la criminalidad en que ahora no se tiene en cuenta la perspectiva de género, como supuestos de privación de libertad, atentados contra la libertad sexual o delitos contra la vida, por poner algunos ejemplos.

Téngase en cuenta, para concluir, que el legislador, al caracterizar ese tipo de atentados cualificados podía haber sido más cuidadoso en orden a evitar la referencia al género del autor y de la agredida, incluyendo, por ejemplo, la exigencia de que el mal trato singular fuese la concreta manifestación de un ataque de género, sin identificar al

⁷⁵ De hecho, la propia titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia plantea la posibilidad de que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia interpretativa que indique una única exégesis constitucionalmente admisible de la norma vulnerada, de forma análoga a lo sucedido con el art. 509 CP de 1973 o con el art. 563 CP. No obstante, aclara que la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de la norma, que no niega, no permitiría considerar la cuestión en sí misma como infundada.

⁷⁶ En dicho sentido, por ejemplo, en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (resolución de la Asamblea General 48/104) considera que en este tipo puede incluirse “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”, incluyendo, conforme al art. 2, tanto los actos que se producen en la familia, los que se producen en la comunidad en general como los actos de violencia de este tipo perpetrados o tolerados por el Estado. Posteriormente, fundamentalmente tras la cumbre de Beijing de 1995 (IV Conferencia Internacional sobre la mujer) en lugar de violencia contra la mujer, violencia sexista o violencia viril, se generalizó el término “violencia de género”, como manifestación de las históricas relaciones de poder que existen y persisten entre hombres y mujeres y que derivan fundamentalmente de patrones culturales y presiones sociales.

agresor con el hombre y a la víctima con la mujer. Esta técnica probablemente hubiese evitado el surgir como argumento contra la constitucionalidad del precepto de la posible discriminación negativa en relación con el varón, aunque a buen entendedor pocas palabras bastan, y en los instrumentos internacionales contra la violencia de género no hay duda acerca de que uno de los géneros es siempre el subyugado y el otro el opresor. Esto es, aun con el uso de expresiones neutrales caracterizadoras del sentido que debe teñir la conducta, más acordes con la observancia de los principios informadores del Derecho penal, la exégesis del precepto conduciría inexorablemente a la identificación del concreto hombre con el autor y de la concreta mujer con la víctima.

Finalmente, aun cuando se ha utilizado como argumento contra la previsión de tipos cualificados específicos la posibilidad de acudir a las agravantes de abuso de superioridad (art. 22.2^a CP) o mixta de parentesco (art. 23 CP) para aprehender el eventual mayor desvalor del comportamiento que éstos ocasionalmente pudieran tener, debo manifestar mi desacuerdo con cualquiera de las dos posibilidades. En relación con la primera, porque el prevalimiento de la situación de superioridad presupone el abuso de una situación objetiva de desigualdad que no tiene que concurrir necesariamente en muchos supuestos de violencia de género, en que no se parte de la debilidad de la mujer, sino que su debilitación es justamente lo que se pretende producir. Tampoco sirve a estos efectos, cuanto menos desde una perspectiva de futuro, la circunstancia mixta de parentesco, porque no debe confundirse la violencia de género con la violencia familiar, porque cabe imaginar muchos supuestos de violencia de género al margen del desarrollo de las relaciones familiares que desde el punto de vista de la tutela frente a este tipo de atentados deberían poder ser cualificados sobre la base de alguna otra circunstancia. Quizá la agravante más adecuada, de las existentes, para cualificar este tipo de atentados sea la de discriminación que contempla el art. 22.4 CP⁷⁷, sin embargo, debe tenerse en consideración que la idea de discriminación⁷⁸ tiene que ver fundamentalmente con la diferencia de trato propiciada, en este caso, por el sexo, y de lo que aquí se trata es de calificar los atentados violentos contra las mujeres que tienen por objeto su dominación, lo que no casa del todo bien con la idea de discriminación. Por ello, de *lege ferenda*, quizá no sería desdeñable la idea de configurar una circunstancia agravante que recogiera este tipo de motivación y aptitud, en lugar de cualificar determinados comportamientos delictivos⁷⁹; pero la posibilidad de que esas conductas pudieran verse simplemente agravadas por un régimen agravatorio común tampoco constituye argumento, como se ha pretendido, para dudar de su proporcionalidad, puesto que otros tipos cualificados existen en el Código en que la agravación específica

⁷⁷ Especialmente partidaria de la aplicación de dicha agravante a estos supuestos se muestra ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de sexo en el Código penal*, op. cit., pp. 411 y ss.

⁷⁸ En virtud del art. 22.4^a, es circunstancia agravante “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas o otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

⁷⁹ Han defendido la introducción de una agravante específica para estos supuestos COMAS D'ARGEMIR/QUERALT, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en *LH Prof. Dr. Rodríguez Mourullo*, Thomson, 2005, pp. 1185 y ss.; más recientemente, COMAS D'ARGEMIR, “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, op. cit., p. 50.

supera con mucho la efectividad agravatoria de la correspondiente circunstancia común, sin que se haya discutido su constitucionalidad.